Das Rückforderungsrecht bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Gerhard Schoen
Gerichtsreferendar

BRESLAU 1932
HOCHSCHUL-VERLAG BRESLAU
Druck von Karl Vater :: Breslau 5 :: Siebenhufenerstraße Nr. 11/15

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.
Berichterstatter: Professor Dr. Richard Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Einleitung 1

II. Behandlung des Themas nach früherem Recht 2

1. Geschichtliche Entwicklung der Kompensation 2

2. Die verschiedenen Ansichten über die Rechtsnatur der Aufrechnung 3

3. Die verschiedenen Begründungen des Rückforderungsrechts bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis 7

III. Behandlung des Themas nach geltendem Recht 8

1. Die Theorien über Vollzug und Wirkungen der Aufrechnung 8

2. Die Stellungnahme zu den Theorien 11

3. Die herrschende Meinung zur vorliegenden Frage 16

IV. Versuch der Begründung einer eigenen Ansicht 17

Literaturverzeichnis

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl.

Bernhöft: Zur Lehre von den Fiktionen. In Festschrift für Ernst Immanuel Becker, Weimar 1907, S. 267 ff.

v. Bethmann-Hollweg: Im Rheinischen Museum, Bd. I.

Betzinger: Die Beweislast im Zivilprozeß. 1894.

Brinz: Die Lehre von der Kompensation. 1849. (Zit. Brinz Komp.)

— Lehrbuch der Pandekten. Bd. II, 2. Aufl. 1879. (Zit. Brinz, Pand.)

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 7./8. Auflage. 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1902.

Dernburg: Geschichte und Theorie der Kompensation, nach römischem und neuerem Rechte. 2. Aufl. 1868. (Zit. Dernburg, Komp.)

— Pandekten. 5. Aufl. (Zit. Dernburg, Pand.)

Eccius: Die eventuelle Aufrechnung, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 42.

Cleffmann: Kann das in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis Gezahlte zurückgefordert werden? Diss. Erlangen 1903.

Eisele: Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht. 1876. (Zit. Eisele, Komp.)

— Zur Lehre von der Kompensation, im Archiv v. d. zivilistischen Praxis. Bd. 55, 1872. (Zit. Eisele, Arch.)

Endemann: Einführung in das Studium des BGB. I. 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd., 2. Abteilung. 23.—27. Aufl. 1927.

Erxleben: Die condictiones sine causa. Leipzig 1850.

Feder: Die rechtliche Natur der Aufrechnung. In: Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 54, 1904, S. 443 ff.

Fiegen: Der Verzicht auf die Kompensationsbefugnis. Diss. Bonn 1896.

Förtsch: Die eventuelle Aufrechnung nach dem BGB. bei Gruchot, Beiträge, Bd. 42.

Geib: Theorie der geschichtlichen Kompensation. 1897.

Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 15.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, 2. Aufl. 1903.

Goldschmidt: Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung, bei Kohler und Ring, Arch. f. d. bürgerl. Recht, Bd. XV.

Götte: Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im BGB. Im: Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 17, 1900.

Hartter: Das römische deutsche Recht der Kompensation. 1857.

Hasse: Ueber die Kompensation und ihre Liquidität. Im: Arch. f. d. zivilistische Praxis, 1824, Bd. 7, Nr. 9.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht, Beiträge z. BGB. Jena 1900.

— Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

v. Hertzberg: Die Aufrechnung des Bürgerlichen Gesetzbuches. ein merum ius compensationis. Diss Erlangen 1898.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 3./4. Aufl. 1913.
Kanold: Beiträge zur Lehre von der Aufrechnung nach römischem und gemeinem Recht. Diss. Berlin 1888.
Kaufmann: Kommentar und Institutionen des BGB. Bonn 1900.
Koban: Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht. 1909.
Koch: Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht. 2. Bd., 2. Aufl.
Kohler: Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bei Busch, Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 24. (Zit. Kohler, Bd. 24.)
— Kompensation und Prozeß. Bei Busch, Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 20. (Zit. Kohler, Bd. 20.)
Krückmann: Bemerkung zu Weigelin, das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. In: Zeitschrift f. Zivilprozeß, 1905, Bd. 34, S. 355 ff.
Krug: Die Lehre von der Kompensation. 1833.
Lenel: Ueber Ursprung und Wirkung der Exzeptionen. Heidelberg 1876.
Leonhard: Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, im Arch. fürbürgerl. Recht, 1902, Bd. 21. (Zit. Leonhard, Arch.)
— Die Aufrechnung. Göttingen 1896. (Zit. Leonhard.)
— Die Wahl bei der Wahlschuld. In: Iherings Jahrb. 1900, Bd. 41, S. 1 ff. (Zit. Leonhard, Iherings Jahrb.)
Liebknecht: Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Recht. 1898. (Zit. Liebknecht, Kompensationsvollzug.)
— Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung 1899. (Zit. Liebknecht, Vorbehaltszahlung.)
Lindemann-Soergel: Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1923.
Lippmann: Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches. In: Iherings Jahrb. 1893, Bd. 32.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB. 3. Bd., 1928.
Marckwald: Die condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis. Diss. Rostock 1901.
Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6.—7. Aufl. 1914. Band 1.
Meyer: Das Rückforderungsrecht im Falle der Aufrechenbarkeit. Diss. Königsberg, 1919.
Motive zum Entwurfe eines BGB. 2. Aufl. 1895.
Oertmann: Kommentar zum BGB. 5. Aufl., 1928. 2. Buch, 1. Abteilung.
Ohnsorge: Zur Lehre von der Aufrechnung. In: Iherings Jahrb. Band 20.
Pescatore: Die Wahlschuldverhältnisse. 1905.
Philippsborn: Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung, In: Gruchots Beiträgen, Bd. 64, S. 10 ff.
Planck: Kommentar zum BGB. 4. Aufl., 1914. 2. Bd., 1. Hälfte.
Priester: Ipso iure compensatur. Frankfurt a. M. 1897.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1898, 2. Bd.
Puchta: Kursus der Institutionen. 2. Bd.
Redlich: Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung im Falle der Aufrechnung. Bei Busch, Zeitschr. f. Zivilprozeß, Bd. 25.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB., 6. Aufl., 1928.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Bde. 3 und 5. 1841.
Schlichting: Die Aufrechnung nach dem BGB. Diss. Rostock, 1901.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. Komm. von Hölder pp. München 1900. Bd. 2.
Schwanert: Die Kompensation nach römischem Recht. Festschrift 1870.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten.
Siber: Kompensation und Aufrechnung. Leipzig 1899.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Stampe: Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iudicium. Leipzig 1886.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1930. 2. Bd., 1. Teil.
Ubbelohde: Ueber den Satz: ipso iure compensatur. Göttingen 1858.
Unger: Oesterreichisches Privatrecht. 3. Aufl. Bd. 2.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Bd. 3.
Wach: Prozeßvollmacht und Aufrechnung. Bei Busch, ZZP. Bd. 27.
Wächter: Pandekten. 1881. Bd. 2.
Weigelin: Die Aufrechnung. 1904.
— Kann ein Schuldner, der in Unkenntnis eines ihm zustehenden Aufrechnungsrechts seine Schuld an den Gläubiger bezahlt hat, das Gezahlte zurückfordern? In: Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 22. Jahrg. 1928, Sp. 1366 ff. (Zit. Weigelin LZ.)
Weißmann: Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Bei Busch, ZZP. Bd. 26, 1899.
Wieding: Der justinianische Libellprozeß. 1865.
Windscheid: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850. (Zit. Windscheid, Voraussetzung.)
— Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Bd. 2. (Zit. Windscheid, Pand.)
Witte: Die Bereicherungsklage des gemeinen Rechts. Halle 1859.

Das Rückforderungsrecht bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis.

I.

Ein Schuldner, welcher trotz bestehenden Aufrechnungsrechts eine Schuld durch Barleistung tilgt, wird in der Regel keinen Schaden erleiden, da ihm die Geltendmachung seiner Gegenforderung belassen ist. Es tritt jedoch ein Verlust für ihn ein, wenn er mit der Leistung Zinsen, Vertragstrafen oder Verzugszinsen entrichtet hat, die er im Falle der Aufrechnung kraft der in § 389 BGB. enthaltenen Rückwirkung nicht zu zahlen brauchte; ebenso dann, wenn ihm bei der Geltendmachung seiner Gegenforderung die Einrede der Verjährung entgegengehalten wird, ferner, wenn der Gläubiger inzwischen in Vermögensverfall geraten ist, und der Schuldner sich mit einer Konkursquote begügen soll. In all diesen Fällen ist die Frage von Bedeutung, ob der Schuldner seine Leistung zurückfordern könne, sei es auf Grund des Aufrechnungsrechts, sei es, um seine Aufrechnung erst vornehmen zu können.

Das römische Recht hatte die hier gestellte Frage in l 10 § 1 D. de compensationibus 16,2 und in l 30 D. de condictione indebiti 12,6[1]). in bejahendem Sinne entschieden. Aus diesen Stellen Ulpians hat man jahrhundertelang, noch zur Zeit der Geltung des gemeinen Rechts, wenn auch da mit verschiedener Begründung, das Recht des Schuldners zur condictio gefolgert, beinahe die einzige Frage bei der Kompensation, über die kein Streit herrschte[2]). Das geltende Reichsrecht erteilt hierüber kraft positiver Gesetzesbestimmung keine Antwort. Doch wird die Frage nach dem Vorgange der Motive und Protokolle[3]) vielfach verneint, so erst wieder vom IV. Zivilsenat des Reichsgerichts in Bd. 120, S. 280 ff. Damit entsteht sogleich die Frage, worauf gründet sich diese unterschiedliche Behandlung in der früheren und jetzigen Rechtsprechung?

---

1) Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto. Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem.

2) Leonhard, S. 163.

3) Mot. Bd. II, S. 109, Abs 2 und S. 832; Prot. Bd. 1, S. 367.

Wie jedes Rechtsinstitut, so hat auch die Aufrechnung sich zu einem solchen nur Schritt für Schritt im Laufe der Zeit entwickelt. Bestehen nun solche Wesensunterschiede zwischen der römisch-rechtlichen compensatio und ihrem heutigen Gebilde der Aufrechnung, die eine verschiedene Lösung der vorliegenden Frage rechtfertigen und welche sind es?

II.

1. Der Gedanke der Kompensation war anfangs den Römern fremd. Er war mit der strengen Anschauung des urrömischen Rechts, wonach ein Schuldner nur durch contrarius actus aus seinem Schuldnernexus sich befreien konnte, nicht vereinbar[1]). Als der steigende Geschäftsverkehr, besonders nach dem Auftreten des Geldes, das Hin- und Herzahlen lästig erscheinen ließ, half man sich mit dem gegenseitigen Erlaßvertrag — acceptilatio — der jedoch stets vorherige Einigung der Parteien erforderte. Im Formularprozeß, der den Legisactionenprozeß verdrängte, war es bis Marc Aurel nur in zwei Ausnahmefällen der judicia stricti iuris gestattet, gegen den Willen des Gegners mit Hilfe des Prozesses die Barzahlung zu verhindern. So mußten die argentarii auf die Differenz klagen — cum compensatione agere — widrigenfalls sie wegen plus petitio[2]) abgewiesen wurden; der bonorum emptor durfte nur cum deductione agere gegen die Schuldner der Masse, d. h. diese brauchten ihre Schuld nur zu zahlen nach Abzug ihrer Gegenforderungen an die Konkursmasse. Erst Ende der Republik[3]) durfte der Richter bei den negotia bonae fidei Gegenforderungen aus demselben Rechtsverhältnisse — ex eadem causa — kompensieren[4]). Seit Marc Aurel konnten die Parteien durch das sogenannte rescriptum divi Marci vom Richter Kompensation im modernen Sinne verlangen, allerdings immer noch kraft einer exceptio.

1) Dernburg, Komp. S. 15; Krug, S. 35.
2) Gaius, 4, § 64.
3) Zuvor war die Gewinnung des Saldos bei gegenseitigen Buchschulden gestattet und wurde „computatio" genannt. vgl. Gellius, Noctes Atticae Lib. VI, cap. 5, § 6.
4) Dernburg, Komp. S. 22 ff.; Lenel, S. 74; vgl. jedoch dagegen, daß es dem Richter überlassen war, zu kompensieren: Übbelohde S. 69 ff. und Eisele, Komp. S. 143.

2. Ueber die Frage nach der Art und Weise des Kompensationsvollzuges wird seit der Glossatorenzeit gestritten. Die verschiedenen Ansichten beruhten auf den Worten „ipso iure compensatur“[5]). Man pflegt sie in zwei Gruppen zusammenzufassen, in die materiellen und in die formellen Theorien. Die ersteren besagen, ipso iure bedeute „von selbst“, die Kompensation trete im Augenblick des Gegenübertretens von Forderung und Gegenforderung kraft ihrer Koexistenz wie durch Zahlung „sine facto hominis“, von selbst ein.

Die absolute Theorie wurde von Theophilus[6]) begründet, vom Glossator Martinus Gosia[7]) hauptsächlich und nach ihm von Tyndarus[8]) vertreten, durch deren Einfluß sich die Lehre bis in das 19. Jahrhundert hielt und in Krug und Hartter Verteidiger gefunden hat, denen sich auch Savigny angeschlossen hat. Der Code civil, Art. 1290, und das preußische Landrecht, § 301, 1. Teil, 16. Tit. 6. Abschn. folgen der Lehre des Martinus. Dagegen ist nach § 300 a. a. O. eine „Anrechnung“ erforderlich, d. h. die Erklärung des Aufrechnungswillens seitens eines Beteiligten. Die Rechtsprechung hat diese ungenaue Fassung später benutzt und hat als Erfordernis des Kompensationsvollzuges den Antrag einer Partei aufgestellt.

Zu ihrer Bekämpfung stellte bereits Azo[9]) die relativ materielle Theorie auf. Danach müsse die Kompensation von einer der Parteien im Prozeß einredeweise vorgeschützt werden, worauf sie als im Augenblicke der Kompensabilität der Forderungen von selbst eingetreten zu betrachten sei, falls der Richter sie zulasse[10]). Diese soge-

5) § 30, J. 4, 6; 1. 4, 1. 10, 1. 21 pr. D. 16, 2; 1 4, 1 14, C. 4. 31. Von diesen Worten sagt Leonhard. Komp. S. 94, daß jahrhundertelang die Theorie nur von dieser Wendung sich in ein Labyrinth von Schwierigkeiten und Widersprüchen hat locken lassen.

6) Theophilus in der Paraphrase ad § 30 I. de act. 4, 6.

7) Mit Unrecht wird dies von Krug, Komp. S. 92 und Ubbelohde. S. 22 bestritten.

8) Tractatus de compensationibus Art. VI. concl. 1, zit. bei Dernburg, Komp. S. 286.

9) Leonhard, S. 95, bestreitet, daß die Lehre Azo zuzuschreiben sei und stützt sich auf die Glosse zu 1 4 c. h. t.; gegen ihn Dernburg, Komp. S. 284 unter Hinweis auf die summa Azonis, § 13.

10) Feder, S. 449 ff. unterscheidet bei der Lehre Azos zwischen einer Theorie der bedingten und einer Theorie der fingierten Selbstaufhebung.

nannte Retraktionstheorie wurde im gemeinen Recht vielfach vertreten[11]).

Brinz[12]) und ebenso von Vangerow, Dernburg, Leonhard u. a. fochten die Lehre an[13]). Brinz[14] legt dem Ausdruck compensari die Bedeutung von „Aufwägen", „in der Schwebe halten" bei. Die Koexistenz der Forderungen habe nicht deren Vernichtung zur Folge; es entstehe vielmehr ipso iure ein Kompensationsrecht. Im Augenblick des Gegenübertretens werde die eine Forderung durch die Gegenforderung „affiziert". Erst durch die Tätigkeit des Richters oder der Parteien erfolge die Tilgung der Obligationen.

Windscheid[15]) hat sich dieser Lehre angeschlossen. Der Begriff compensatio bezeichne neben der Tätigkeit des Schuldners auch die von der Gegenforderung ipso iure, ohne alles Hinzutun der Parteien ausgehende Kompensationskraft, welche das Forderungsrecht mit einer Kompensationseinrede behaftet und es nach der Seite seiner Wirksamkeit aufhebt.

Diese sogenannte Affektionstheorie steht jedoch mit den Quellen in Widerspruch. Darin ist unter compensare nicht „Aufwägen", sondern „Aufheben der Forderungen" zu verstehen[16]).

Als die letzten Vertreter der materiellen Theorie sind Leonhard, Kohler, Priester, von Hertzberg und Ohnsorge zu nennen[17]). Nach ihnen tritt die Kompensation ohne ein Zutun von Partei oder Richter, nur durch die einseitige Erklärung ein.

---

11) Hasse, S. 158 ff., 200; v. Bethmann-Hollweg, Bd. 1, Seite 257 ff.; Puchta, Bd. 2, S. 378; v. Wächter, S. 420; Arndts, S. 430; Sintenis, Bd. 18, S. 26 ff.; Krug, S. 58 ff., 90; Fuhr, Bd. 1, S. 122 ff.; Hartter, S. 58 ff.; Thibaut, § 676; Mühlenbruch, § 472; Unterholzner, S. 552 ff.; Unger, S. 490 ff.; der diese Konstruktion ausführlich begründete; Entsch. d. Königl. Ob.-Trib. Bd. 77, S. 225 ff.; Entsch. d. R. O. H. G., Bd. 9, S. 110.

12) Brinz, Komp. S. 9, 101.

13) v. Vangerow, S. 360 f.; Dernburg, Komp. S. 298 ff.; Pandekten, II, S. 175, Anm. 12; Leonhard, S. 95 ff.; Priester, S. 9.

14) Brinz, Pand. S. 419 ff.

15) Windscheids Pand. II, S. 247 ff.; desgleichen auch Siber, S. 72.

16) Eisele, Arch. 8, S. 173 ff., 210; Komp. S. 141; Schwanert, S. 11; Ubbelohde, S. 31; Priester, S. 21; von Vangerow, S. 361, 4; Dernburg, Komp. S. 304; Pand. II, S. 176, Anm. 14.

17) Leonhard, S. 108 ff.; Kohler, 20, S. 10; Priester § 12; von Hertzberg, S. 28 ff.; Ohnsorge, S. 291.

Den bisher erörterten Theorien, welche in dem Kompensationsvollzuge ein materielles Rechtsgeschäft erblicken, stehen die formellen Theorien gegenüber. Nach ihnen sei mit dem Worte ipso iure nur gemeint, zur Kompensation bedürfe es nicht einer exceptio in der formula, das Vorbringen könne auch noch im Verfahren in iudicio, mithin noch nach der litis contestatio, gültig geltend gemacht werden. Die Kompensation sei nur ein prozessualer Akt. Dem ipso iure komme nur die gegensätzliche Bedeutung von ope exceptionis zu. Diese Auffassung hat zuerst Donellus[18]) vertreten; sie ist später besonders von Eisele[19]) durch die allerdings nicht durchschlagende Auffassung, sämtliche vorjustinianischen ipso iure-Stellen seien interpoliert, gestützt worden[20]).

Dernburg hat gegenüber den materiellen und formellen Theorien das ipso iure der Quellen, nach Windscheid das große Rätsel der Kompensationslehre, aus der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der Kompensation erklärt[21]). Zuerst als merum ius entstanden, aber doch in der Anwendung dem richterlichen Belieben völlig preisgegeben, hat die Kompensation allmählich in den bonae fidei iudiciis, durch das Rescript Marc Aurels auch in den stricti iuris iudiciis Eingang gefunden und sich so im Laufe der Zeit zu einem feststehenden „Recht auf Kompensation" herausgebildet. Um den Wert dieser Errungenschaft hervorzukehren, betonten die klassischen Juristen, daß die Kompensation ipso iure sich vollziehe. Da ein dare oportere vorliegt, müsse zur Verwirklichung des feststehenden Rechts der Parteien auf Kompensation dasselbe im Prozeß geltend gemacht werden. Die Kompensation sei somit eine exceptio des römischen Rechts. Dem Wesen der exceptio entsprechend, trete die befreiende Wirkung der Kompensation bereits in dem Zeitpunkt ein, in dem ihre objektiven Voraussetzungen vorlagen[22]). Neuerdings

18) Donellus, comm. iur. civ. lib. 16 c. 15, Nr. 38.

19) Eisele, Arch. S. 201.

20) Weitere Verfechter der formellen Theorien sind Ubbelohde, S. 16; Wieding, S. 221; Schwanert, S. 29 ff.; Lenel, S. 139 f.; Stampe, S. 96. Dagegen: Dernburg, Komp. S. 308; Leonhard, S. 99; Liebknecht, S. 13 in Kompensationsvollzug.

21) Dernburg, Komp. S. 309 ff.; Pand. II, S. 174 f.

22) Dernburg, Komp. S. 584 ff., Pand. II, S. 182; dieser Ansicht haben sich angeschlossen: Hartter, Ztschr. Bd. 19, Nr. 6; von Vangerow, S. 362; Müller, S. 544 ff. Gegner der Dernburgschen Auffassung sind: Eisele, Komp. S. 142 ff., wenngleich er

widerspricht dem Enneccerus[23]) und hält die von Windscheid, Brinz und Dernburg[24]) vertretene Ansicht, daß für den Schuldner eine exceptio erwächst, sobald die Forderungen sich aufrechenbar gegenübertreten, nur für das ältere Recht für richtig. Spätestens unter Justinian, vielleicht auch schon unter Alexander sei die Anschauung zur Alleinherrschaft gelangt, daß die beiden Forderungen bereits zur Zeit des Gegenüberstehens gleichwie durch Zahlung, also ipso iure, nicht nur ope exceptionis, aufgehoben würden, vorausgesetzt, daß später auch die Aufrechnung erfolgt und vom Richter anerkannt werde.

Wenn man der Dernburgschen Erklärung folgt, so bedeutet die Kompensation im gemeinen Recht ihrer Rechtsnatur nach ein Einrederecht der Parteien. Da der Kläger in der Höhe des aufgerechneten Anspruchs endgültig abgewiesen wird, falls die Aufrechnung zulässig ist, so handelt es sich hierbei um eine exceptio perpetua.

Während der Geltungsdauer des gemeinen Rechts war die Ansicht herrschend, daß weder das Gegenübertreten der Forderungen, noch die Parteierklärung, sondern allein das Parteivorbringen im Prozeß den Kompensationsakt vollziehe. Gibt die eine Partei die Aufrechnungserklärung außergerichtlich ab, so bedeute dies nur soviel wie ein Zahlungsangebot[25]). Dagegen hat sich in der Gerichtspraxis die Ansicht durchgerungen, das Aufrechnungsrecht

---

von ihr sagt, „daß man hoffen darf, mittels dieser Deutung zwischen den verschiedenen Klippen, an welchen handfestere Auffassungen scheitern mußten, glücklich hindurchsteuern zu können", ferner: Ubbelohde, S. 69 f.; Schwanert, S. 15 ff.; Leonhard, S. 104 ff.; Brinz, Jahrb. S. 25.

23) Enneccerus, § 294, S. 218, Anm. 6.

24) Windscheid, II, S. 349; Brinz, II, § 287; Dernburg, Pand. II, S. 64, Anm. 1 und § 62, III.

25) Eisele, Komp. S. 251; Schwanert, S. 43, 69; Brinz, Komp. S. 141; Stampe, S. 32 ff.; Koch, S. 729; Geib, S. 338; Windscheid, Pand. S. 435, Nr. 5; Dernburg, Komp. S. 590.

26) Seuff, Arch. Bd. 7, Nr. 165; Bd. 17, Nr. 234; Bd. 19, Nr. 144; Bd. 22, Nr. 128; Bd. 23, Nr. 122; Bd. 28, Nr. 215; Bd. 30, Nr. 134; Bd. 38, Nr. 222; Bd. 40, Nr. 282; R. O. H. G. Bd. 7, S. 86; 9, 109; 10, 167; 13, 262; 14, 433; 19, 77, RG. Bd. 6, S. 254 f.; 7, 245; 11, 119 ff.; Bolze, Praxis des Reichsgerichts, Bd. 2, Nr. 436; Bd. 7, Nr. 206; Bd. 17, Nr. 140; vgl. auch Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, § 992; Schweizerisches Obligationenrecht, Art. 138; Züricher Gesetzbuch § 1052; Dresdener Entwurf, Art. 362, 372; Bayrischer Entwurf, Art. 182, 183; Preuß. Justizministerialblatt, 1840, S. 290; Desgl. Dernburg, Pand. II, S. 179; Ubbelohde, S. 261, Anm. 17; Betzinger, Be-

sei ein materielles Recht, wenn von ihm außergerichtlich Gebrauch gemacht wird. Das Urteil wirke dann deklaratorisch ex tunc, und nicht mehr constitutiv[26]). Für den Fall, daß die Kompensationsbefugnis erst im Prozeß vorgeschützt werde, sei dagegen die Erklärung eine exceptio[27]).

3. So verschiedenartig im gemeinen Recht die Ansichten über die Rechtsnatur der Kompensation waren, mit solch verschiedenen Begründungen wurde das Rückforderungsrecht des in Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis Leistenden bejaht, und zwar einmütig bejaht. Die Römer hatten, wie bereits eingangs betont, hier die Statthaftigkeit der condictio indebiti bejaht. Ulpian bringt zwar in l. 10 § 1 D. de comp. 16,2 und in l. 30 de condictione indebiti 12,6[28]) zum Ausdruck, daß derjenige, welcher zahlt ohne zu wissen, daß er hätte aufrechnen können, in der Rechtslage sich befindet, aus welcher die condictio indebiti sich ergibt. Doch weder Ulpian noch die übrigen Juristen haben sich darüber geäußert, worin die Grundlosigkeit der Zuwendung liegt, ob insbesondere die Schuld zur Zeit der Zahlung nicht mehr als bestehend zu betrachten sei oder ob eine per exceptionem perpetuam entkräftete Obligation bezahlt worden sei.

Nach der absoluten Theorie des Martinus besteht die Verbindlichkeit in Wirklichkeit nicht mehr, die der Zahlende in Unkenntnis seiner Kompensationsbefugnis zu erfüllen vermeint, da die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen infolge ihrer Koexistenz ipso iure von selbst erlöschen.

Diese Begründung läßt sich jedoch mit dem Worte Ulpians „compensare potens“ in l. 10 § 1 D. de comp. 16,2 nicht vereinbaren. Diese Redewendung besagt, es ist gezahlt worden, ehe kompensiert wurde, die condictio greift durch vor vollendeter Kompensation, sie geht der compensatio voran[29]). Ferner drückt das „compensare potens“ eine Tätigkeit der Parteien aus; das Kompensieren steht somit im Belieben der Parteien[30]).

weislast, S. 268, Anm. 2; Kanold, S. 43 ff., 51; Kohler, 20, S. 26 und die dort auf S. 12, Anm. 8 Zitierten.

27) Kohler, 20, S. 2, 6, 15, 32; Wach, S. 2.

28) Aus L. 30 de cond. ind. 12, 6 folgt dies durch ein unbedenkliches argumentum a contrario.

29) Leonhard, S. 164.

30) Dernburg, Komp. S. 588; Eisele, Komp. S. 261; Koch S. 378.

Die gleichen Einwände lassen sich auch gegen die Retraktionstheorie geltend machen, wonach die Kompensation ebenfalls mit der Koexistenz der Forderungen von selbst eintritt, es nur eines Willensaktes der Parteien zum Zwecke der Kenntlichmachung nach außen bedarf. Wird hier die condictio erhoben, so ist dies ein solcher Willensakt, und es wird offenbar, daß infolge der bereits eingetretenen Kompensation ein indebitum geleistet worden ist.

Nach Eisele[31]) entsteht durch die versehentliche Zahlung ein Schwebezustand. Der Leistende habe die Wahl, nach Erkenntnis des Irrtums noch von seiner Kompensationsbefugnis Gebrauch zu machen oder nicht. Mit der Erhebung der condictio entscheide er sich für die Kompensation[32]).

Doch einmal entspricht die Zulassung der condictio indebiti zu einer Zeit, ehe der Schwebezustand beendet ist und bevor somit ein indebitum vorliegt, nicht den Erfordernissen dieser condictio, und dann ist in l. 56 D. 12,6, auf welche Eisele sich beruft, von einem solchen Schwebezustand nicht die Rede[33]).

Da für die Zulassung der condictio indebiti es genügt, wenn der Forderung eine deren Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht, so folgt hieraus, sofern auch die übrigen Voraussetzungen vorliegen, die Begründetheit der Klage für die Anhänger der Theorie, die in der Kompensationsbefugnis ein Einrederecht der Parteien erblicken[34]).

III.

1. Im römischen und gemeinen Recht hatte man einmütig, wenn auch mit verschiedener Begründung, das Rückforderungsrecht bei Zahlung in entschuldbarer Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis bejaht. Auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ist dieses Recht des Leistenden sehr umstritten; die herrschende Meinung verneint es unter Berufung auf die veränderte rechtliche Konstruktion der Aufrechnung im geltenden Recht.

---

31) Eisele, Komp. S. 263 ff.
32) Leonhard, S. 165; Geib, S. 24.
33) Lenel, S. 109; Windscheid, Pand. II, S. 430, Anm. 5; Siber, S. 71.
34) Windscheid, Pand. S. 430, Anm. 5; Dernburg, Komp. S. 585.

Das BGB. bestimmt in § 388 Satz 1: „Die Aufrechnung erfolgt gegenüber dem anderen Teile." Es hat damit keine Neuerung geschaffen[1]), sondern nur das kodifiziert, was in der jüngsten gemeinrechtlichen Praxis Geltung erlangt hatte. Während man jedoch da noch zwischen zwei Anschauungen schwankte, indem man nur der außerhalb des Prozesses erklärten Aufrechnung materielle Wirkung verlieh, dagegen die im Prozeß vorgeschützte Kompensationsbefugnis als exceptio behandelte, ist jetzt die Aufrechnung ein einseitiges empfangsbedürftiges materielles Rechtsgeschäft. Nach § 389 BGB. bewirkt die Erklärung, daß die beiderseitigen Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten sind. Es wird somit durch die Aufrechnung sowohl die Forderung des Gläubigers, gegen welche der Schuldner aufgerechnet hat, als auch die Forderung des Schuldners, mit welcher dieser aufgerechnet hat, getilgt. Die Abgabe der Aufrechnungserklärung löst die schuldtilgende Wirkung aus; nicht bewirkt wird dies schon dadurch, daß die Forderungen einander aufrechnungsfähig gegenüberstehen, somit nicht durch die sogenannte Aufrechnungslage[2]).

Nach der herrschenden Auffassung wird die Aufhebung der Forderungen allein durch die Parteierklärung vollzogen; ihre rückwirkende Kraft beruht nur auf positiver Satzung[3]). Die beiden Forderungen werden durch die Koexistenz in keiner Weise berührt; sie bleiben ohne Abhängigkeit voneinander und ohne Einfluß auf ihren Bestand für sich bestehen. Sie treten erst durch die Aufrechnungserklärung in Beziehung zueinander, die sodann ihre Tilgung bewirkt. Die Aufrechenbarkeit ist nur Voraussetzung der Aufrechnung, deren Ursache vielmehr die Willenserklärung der aufrechnenden Partei ist. Die Rückwirkung, welche auf einer Sondervorschrift des Gesetzes beruht und sich als juristische Fiktion darstellt, ist allein aus Zweckmäßigkeit im Interesse des praktischen Wertes des ganzen Rechtsinstituts aufgestellt.

1) Mot. II, S. 107.

2) Dies Wort stammt von Kohler, a. a. O.

3) Diese Anschauung stimmt mit der von Leonhard für das gemeine Recht vertretenen überein, wonach nicht das Gegenüberstehen, sondern allein die einseitige Parteierklärung kompensiert. Sie wird vertreten von Kipp-Windscheid, S. 441; Planck, Vorbem. 2, S. 170 (nicht mehr Siber daselbst); Siber, S. 131 f.; Schollmeyer,

Demgegenüber vollzieht sich nach einer von Endemann[4]) begründeten Konstruktion der Untergang der Forderungen mit der Aufrechnungslage und durch sie. Das aufrechenbare Gegenüberstehen ist der eigentliche Grund der Aufhebung der Forderungen. Die Aufrechnungserklärung stellt dann lediglich das Erlöschen der Forderungen im Zeitpunkte der Aufrechenbarkeit klar.

Fast mit derselben Schärfe wie ursprünglich Endemann, vertritt auch Enneccerus[5]) im Anschluß an das frühere Recht die Auffassung, daß die in Wahrheit über die Aufrechnung entscheidende Erklärung als nur aufklärend zu betrachten sei und diese zeige, daß sich die Forderungen schon im Zeitpunkte des aufrechenbaren Gegenübertretens gegenseitig aufgehoben haben. Er beruft sich dabei auf die Bestimmungen der §§ 389, 390, 392, 406 BGB. und §§ 54, 55 KO.

Nach einer weiteren Theorie hat das Gegenübertreten die vernichtende Wirkung nur unter der Bedingung, daß es von einer Partei geltend gemacht wird. Bis zum Eintritt dieser Rechtsbedingung bestehe ein Schwebezustand. Die Erklärung sei nicht deklarativ, sondern habe das Erlöschen der Obligationen mit dinglich rückwirkender Kraft zur Folge. Deshalb seien alle während des Schwebezustandes bis zu diesem Erfolge stattfindenedn Einwirkungen auf die Forderungen für die Aufrechnung ohne Belang[6]).

Dieser Theorie steht sehr nahe Kohler. Nach ihm tritt die Aufhebung der Forderungen erst durch die Erklärung ein, aber schon das Gegenübertreten löse Wirkungen aus, so daß er von einem „Vinkulierungszustand“ und einer „Aufrechnungslage“ spricht. Die beiden Forderungen bieten sich ein „gegenseitiges Schach“, und die Willenserklärung „entzünde die latente Kompensationswir-

---

Vorbem. 1 b, S. 327, 338; Feder, S. 462 ff; Kaufmann, S. 262; Cosack, § 170, IV, 1; Goldmann-Lilienthal, S. 427; Langheineken, Anspruch, S. 131 f.; Leonhard, S. 144 ff.

4) Endemann, Einführung in das Studium des BGB. I, S. 644; Endemann hat diese Theorie in der 8. Aufl., Bd. 1, S. 821 a, 19 wieder aufgegeben.

5) I, 2, § 294, S. 218 f.

6) Dernburg, Lehrbuch, Bd. 2, S. 289. Liebknecht, Vorbem. S. 110; Philippsborn, in Gruch. Beitr. Bd. 64, S. 23 ff.; von Hertzberg, S. 37 f.; früher auch Oertmann, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 13, S. 125; dagegen besonders Leonhard, Arch. S. 179; Feder, S. 433 ff., ferner auch Weigelin und Kipp.

kung“[7]). Aehnlich auch Koban[8]), der von einem „Kompensationsnexus“, von einer „Verfangenheit“ der beiderseitigen Forderungen „zur Sicherung der künftigen Aufrechnung“ spricht. Auch nach Crome und Endemann[9]) entstehe infolge des aufrechenbaren Gegenübertretens der Obligationen ein „Schwebezustand“, der die „Vollwirksamkeit der Forderungen bereits gebrochen“ sein läßt. Andere, die ebenfalls von einem „Aufrechnungsrecht“ sprechen, vergleichen dies Recht mit der Einrede, das jedoch in der Wirkung über diese noch hinausgeht, da es das Forderungsrecht durch seine Ausübung nicht nur hemmt, sondern sogar vernichtet[10]). Ebenso Weigelin[11]), der in dem Aufrechnungsrecht einen gesetzlichen Anwendungsfall eines Pfandrechts an einer gegen den Gläubiger selbst zustehenden Forderung sieht und nach dem das Aufrechnungsrecht infolge fälschlicher Betrachtungsweise des Vorganges der Aufrechnung von der Gläubigerseite her als ein Pfandrecht an der eigenen Schuld sich darstellt. Hierhin gehört auch Weismann[12]), der das Aufrechnungsrecht dem Anfechtungsrecht am nächsten stehen läßt. Eine schon mit dem Gegenübertreten der Forderungen eintretende Gebundenheit nehmen, ähnlich wie Weigelin, in der Form des Pfandrechts an der eigenen Schuld auch Krückmann, Jäger und Hirsch[13]) an.

2. Zu den verschiedenen Konstruktionen ist im einzelnen auszuführen:

Die Ansicht, die alleinige Ursache der Aufhebung der zur Aufrechnung geeignet einander gegenüberstehenden Forderungen sei die Aufrechnungslage, kann sich zunächst auf das römische Recht nicht berufen. Eine Klage aus einer Forderung nach Eintritt der Aufrechnungslage bleibt bestehen[14]), ein Widerspruch mit der Lehre von der Selbstaufhebung, den schon Tyndarus[15]) erkannte. Der Erwerb einer Forderung durch einen Korrealschuldner hat nicht

7) Kohler, Bd. 24, S. 32, 35, 211; Bd. 20, S. 3.
8) Koban, Zwei Fragen aus dem bürgerl. Recht, 1909.
9) Crome, § 193, I; Endemann, Aufl. 8, S. 824.
10) Siber bei Planck, 4. Aufl. Z. 2c, d vor § 387; Hellwig, S. 20; Landsberg, S. 362.
11) Weigelin, S. 21 ff., 32 ff.
12) Weismann, S. 35 ff.
13) Krückmann, ZZP. Bd. 34, S. 355 ff.; Jaeger, KO. § 53, Erl. 29; Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, S. 422 ff. u. a.
14) Fr. 7, § 1 D. 45, 2 „salva manet petitio“.
15) Vgl. Ubbelohde, S. 4, Nr. 3.

das Erlöschen der Korrealobligation zur Folge[16]). Verzicht auf eine kompensable Forderung ist zulässig[17]). Nach der bekämpften Lehre müßte in beiden Fällen das Gegenteil eintreten.

Die Lehre von der Selbstaufhebung, die bereits im neueren gemeinen Recht überwunden war, kommt für das BGB. nicht in Betracht. Sie steht mit der Ausdrucksweise des Gesetzes im Widerspruch. In § 389 heißt es: „Die Aufrechnung" bewirkt das Erlöschen der Forderungen; was unter Aufrechnung zu verstehen ist, besagt § 388: Die Erklärung gegenüber der anderen Partei. Auch „bewirkt" sie, nicht „bekundet" sie den Untergang der Forderungen.

Andere Bestimmungen wären selbstverständlich sogar unlogisch. Würde bereits die Aufrechnungslage tilgen, so wäre jedes weitere Schicksal der Forderungen ohne Belang. Insbesondere käme eine Verjährung der Forderungen nicht mehr in Betracht. Die exceptionelle Hervorhebung des § 390 S. 2 ist jedoch nicht etwa der Deutlichkeit wegen eingestellt worden[18]). Es wären ferner der Rücktritt des Gläubigers in § 357 und die Kündigung des Vermieters in § 554 unbeachtlich, da die gegenseitigen Forderungen durch die Situation des Zusammenseins bereits gelöscht wären. Daß dies nicht der Fall ist, besagen gerade diese Bestimmungen: der Schuldner bzw. Mieter wird angehalten, sich auf seine Gegenforderung zu berufen und die Aufrechnungserklärung abzugeben, will er keinen Rechtsverlust erleiden. Es müßte ferner jeder Dritte sich auf die Tilgung der Forderungen berufen können, wäre eine solche bereits durch deren Aufrechnungslage erfolgt. Doch § 422 Abs. 2 versagt dies dem Gesamtschuldner und nach § 770 steht dem Bürgen lediglich eine Einrede zu.

Der Theorie der absoluten Selbstaufhebung aufrechenbarer Forderungen steht die der bedingten Selbstaufhebung gegenüber. Auch nach dieser Konstruktion ist die Aufrechnungslage die Ursache für das Erlöschen der Forderungen. Die Aufrechnung tritt von selbst ein, jedoch nur unter der Bedingung, daß eine Partei die Aufrechnung geltend macht. Mit der Geltendmachung ist die Bedingung,

16) Fr. 10, D. 45, 2.
17) Fr. 26 D. 22, 3.
18) Vgl. Prot. Bd. I, S. 363.

unter der die Forderungen seit Bestehen der Aufrechnungslage erloschen sind, erfüllt.

Diese Theorie[19]) hat zahlreiche Verfechter[20]). Sie fußt hauptsächlich auf der in § 389 für die Tilgung der Forderungen bestimmten dinglichen Rückwirkung. Nach ihr sei jede Zerstörung der Aufrechnungslage für ungeschehen zu erachten, wie auch verfallene Vertragsstrafen, aufgelaufene Zinsen und eingetretene Verzugsfolgen durch die Aufrechnungserklärung rückwärts beseitigt werden. Mit einer in Unkenntnis der Aufrechnungslage bezahlten Forderung und gegen eine solche könne daher noch aufgerechnet werden, und das Geleistete könne als ohne rechtlichen Grund hingegeben, wieder zurückgefordert werden.

Die Theorie der bedingten Selbstaufhebung stimmt mit der Fassung des Gesetzes nicht überein. Die durch Erklärung erfolgende Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen als erloschen „gelten". Die Forderungen „sind" mithin noch nicht erloschen. § 1977 bestimmt, daß unter Umständen die Aufrechnung „als nicht erfolgt anzusehen" ist. Damit kann nur die Erklärung gemeint sein, da die Beziehung der Forderungen unverändert bleibt. Doch läßt sich aus diesem Wortlaut nur herleiten, daß die Verfasser des Gesetzes nicht von dieser Theorie ausgingen; deren Rechtsauffassung kann jedoch nicht entscheidend sein.

Man kann gegen die begriffliche Zulässigkeit der Theorie auch nicht einwenden, die Konstruktion der aufschiebend bedingten Aufhebung könne die im BGB. bestimmte Rückwirkung deshalb nicht erklären, weil eine aufschiebende Bedingung erst mit ihrem Eintritt Wirkungen auslöse, nicht aber schon zuvor[21]). Dieser Einwand ist deshalb nicht stichhaltig, weil hier mit der suspensiv bedingten Tilgungswirkung nicht eine rechtsgeschäftliche, sondern eine gesetzliche Bedingung gemeint ist. Die gesetzliche Bedingung analog der rechtsgeschäftlichen zu behandeln, ist nicht zulässig, da das Gesetz die rückziehende

19) Feder, S. 456 ff., nennt sie Rückziehungstheorie und stellt sie damit in Gegensatz zur Rückwirkungstheorie.

20) Dernburg, Lehrb. Bd. 2, S. 289; Kohler, Bd. 20, S. 34 ff., Bd. 24, S. 32 ff.; Crome, System II, S. 299; Oertmann, Arch. Bd. 13, S. 125, Bd. 14, S. 356; Liebknecht, Vorbem. S. 117; Endemann, Einführung, I, S. 644; von Hertzberg, S. 37 f. u. e. m.

21) Leonhard, Arch. Bd. 21, S. 193; Windscheid-Kipp, Pandekten II, S. 439; Schollmeyer, Allgem. Teil, S. 327; vgl. auch Planck, Anm. 2a der Vorbem., S. 522.

Kraft der gesetzlichen Bedingung kennt. So ist in § 108 Abs. 1 BGB. die Genehmigung als gesetzliche Bedingung aufzufassen. Die Erteilung der Genehmigung hat zur Folge, daß der Vertrag von Anfang an wirksam ist[22]).

Ferner bietet § 396 Abs. 2 BGB. kein Argument gegen die Ansicht der bedingten Selbstaufhebung. Feder und Cleffmann[23]) behaupten, da diese Bestimmung sich auf alle im Augenblick der Aufrechnungserklärung aufgelaufenen Zinsen beziehe, der Erklärende sich eine Anrechnung zunächst auf die Nebenleistungen gefallen lassen müsse, bleibe ein Teil der Hauptforderung dann bestehen, wenn Kosten, Zinsen und Hauptanspruch nicht völlig gedeckt werden. Daraus folge, daß zwei gegenüberstehende Forderungen im Falle der Aufrechnungserklärung sich nicht vom Augenblick der Aufrechnungslage an aufheben. Es hat jedoch § 396 Abs. 2 nur Bedeutung für den Fall, daß Kosten und Zinsen für eine Partei bereits vor der Aufrechnungslage entstanden sind; denn die während der Aufrechnungslage aufgelaufenen Zinsen und die etwa aus einem inzwischen eingetretenen Verzuge des aufrechnenden Schuldners entstandenen Kosten gelten ja gerade infolge der Rückwirkung der Aufrechnung als gar nicht geschuldet. Diese Bestimmung spricht nicht gegen, sondern für die Theorie.

Zu Zweifeln führt jedoch die Bestimmung des § 396 Abs. 1 BGB. Wäre der Aufrechnungslage bedingte Tilgungskraft beizumessen, so müßte mit der Erklärung ohne weiteres die mit der aufzurechnenden Forderung zuerst in Aufrechnungslage getretene Obligation erlöschen, und das Bestehen und Hinzutreten weiterer Forderungen bis zur Erklärung des Aufrechnungswillens wäre unerheblich. Doch kann der Aufrechnende frei wählen, mit welchen und gegen welche der Gegenforderungen er aufzurechnen beabsichtige. Widerspricht der Gegner unverzüglich, welches Recht ihm belassen ist, damit seine ebenso starke Aufrechnungsbefugnis nicht hinfällig werde, oder trifft der Aufrechnende überhaupt keine Bestimmung, so richtet sich die Anrechnungsbestimmung zunächst danach, welche den Gläubiger geringere Sicherheit bietet, darauf, welche dem Schuldner die

22) Weitere Beispiele bieten die §§ 177, 415, 458 Abs. 1, 1396, 1643, 1690, 1829 und 1832.
23) Feder, S. 459 f.; Cleffmann, S. 19 f.

lästigere ist; erst dann, wenn solche Forderungen nicht vorhanden sind, ist das Alter entscheidend.

Doch ist dem nicht mit Unrecht entgegenzuhalten, daß der das Prinzip enthaltende § 389 unterstellt, daß beiderseits nur je eine Forderung vorhanden ist.

Gegen die Theorie der bedingten Selbstaufhebung lassen sich jedoch zahlreiche Bedenken anführen.

Man[24]) hat zum Beweise dafür, daß für die Voraussetzungen der Aufrechnung nicht der Augenblick der Erklärung, sondern der Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage maßgebend sei, auf die §§ 392 und 406 BGB. hingewiesen.

Nach § 390 ist die Aufrechnung zulässig, wenn der Aktivforderung die Einrede der Verjährung entgegensteht, sofern die Einrede erst nach der Aufrechnungslage begründet war.

Käme jedoch dieser Bestimmung die Bedeutung zu, die ihr von den Verfechtern der bedingten Selbstaufhebungstheorie beigelegt wird, dann müßte darin von der Einrede schlechthin, nicht nur von der Einrede der Verjährung die Rede sein.

Der Schuldner kann auch dem neuen Gläubiger gegenüber nach der Abtretung einer in Aufrechnungslage stehenden Forderung entgegengehalten, daß das für die Aufrechnung nötige Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht mehr vorhanden ist, § 406. Doch darf dies der Schuldner auch dann, wenn er seine Forderung erst nach der Abtretung der Gegenforderung, aber in Unkenntnis der Abtretung erworben hat. In diesem Falle steht dem Schuldner das Aufrechnungsrecht zu, obwohl die Forderungen, welche durch die Aufrechnung erlöschen, gar nicht in einer Aufrechnungslage sich befunden haben[25]).

Nach der Theorie der bedingten Selbstaufhebung müßte die Aufrechnung auch dann zulässig sein, wenn die aufzurechnenden Forderungen zur Zeit der Aufrechnungserklärung ihrem Gegenstande nach verschieden, dagegen im Augenblick der Aufrechnungslage gleichartig gewesen sind. Es ist jedoch Voraussetzung der Aufrechnung nach § 387, daß zwei Personen einander Leistungen schulden, die ihrem

24) Kohler, Bd. 24, S. 38 f.; Liebknecht, Vorbem. S. 109.

25) Ebenso Planck, S. 573 f. Eine erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit derselben Art ist ferner in den §§ 575, 1158, 1473 Abs. 2, 2019 Abs. 2, 2041, Satz 2, 2111, Abs 1, Satz 2 enthalten.

Gegenstande nach gleichartig „sind", nicht, daß sie dies einmal „gewesen sind". Die Gleichartigkeit der einander geschuldeten Leistungen muß somit noch zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorliegen.

Gegen die hier bekämpfte Ansicht läßt sich auch § 388 Satz 2 heranziehen, wonach die Aufrechnungserklärung unwirksam ist, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben wird. Das Gesetz will damit ungewisse Schwebezustände vermeiden, weil die Rechtslage sich bis zum Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung ändern kann. Besteht aber schon seit dem Vorhandensein der Aufrechnungslage ein Schwebezustand, so müßte die Hinzufügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung gerade gestattet sein; denn dann würde die ohnehin schon vorhandene Unbestimmtheit des Schicksals der Forderungen nicht vergrößert, sondern nur verringert werden[26]).

Zusammenfassend ist zu betonen, daß nicht die Aufrechnungslage als solche eine wenn auch nur bedingte Tilgung der Forderungen mit sich bringt. Die Aufrechnungslage ist nicht die alleinige Ursache, die Erklärung nicht lediglich die auslösende Bedingung der Aufrechnung. Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung sind vielmehr einander gleichwertige Tatbestandsmerkmale, beide sind materielle Faktoren der Aufrechnungswirkung; erst ihr Zusammentreffen hat das beiderseitige Erlöschen der Forderungen zur Folge. Fällt die Aufrechnungslage vor der Aufrechnungserklärung fort, so zeitigt die Erklärung keine Wirkungen mehr.

Das Bestehen der aufrechnungsfähigen Forderungen zur Zeit der Erklärung ist Voraussetzung für den Eintritt der Aufrechnungswirkung. Die weitere Frage, ob die Aufrechnungslage keinerlei Wirkungen auf den Bestand der Forderungen ausübt, soll hier vorläufig unerörtert bleiben. Zunächst ist der herrschenden Meinung in bezug auf die hier zu behandelnde Frage näher zu treten.

3. Nach der wohl heute noch im Schrifttum überwiegenden, von der Praxis der Gerichte stets vertretenen Ansicht wird das Rückforderungsrecht des in Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis Leistenden mit folgender Begründung verneint:

Treten zwei Forderungen zueinander in ein Aufrech-

26) Vgl. auch Feder, S. 457 f.

nungsverhältnis, so ist dies lediglich ein Rechtsereignis ohne besondere Wirkungen. Das Reichsgericht sagt in einer Entscheidung Bd. 66, S. 273, daß zwei aufrechnungsfähige Forderungen bis zur Erklärung „keine gegenseitige Einwirkung aufeinander ausüben, sondern sich objektiv völlig fremd, gleichgültig und wirkungslos gegenüberstehen". Diesen Standpunkt billigt es später in Band 120, S. 280 ff. Aus der Aufrechnungslage erwächst für jede Partei nur das Recht zur Aufrechnung. Es steht lediglich im Ermessen des einen oder des anderen Gläubigers, ob er von dem für ihn begründeten Rechte Gebrauch machen will. Bis zur Erklärung bestehen beide Forderungen voneinander unbeeinflußt fort, zu jeder von ihnen treten weiterhin die Zinsen hinzu, es können Vertragsstrafen und Verzugszinsen verfallen; jede der beiden Forderungen unterliegt den sonstigen Erlöschungsgründen, sie kann verjähren; andererseits kann jede von ihnen selbständig geltend gemacht, aber auch erfüllt werden. Auch derjenige, welcher, ohne zu wissen, daß er hätte aufrechnen können, bar leistet, erfüllt damit eine bestehende, vollgültige Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung er verbunden war, und kann deshalb das Geleistete nicht mehr zurückfordern. Es steht ihm auch eine Aufrechnungsbefugnis nicht mehr zu, da infolge der rechtsgültigen Erfüllung der einen Forderung diese untergegangen ist und somit zwei in Aufrechnungslage zueinander stehende Obligationen nicht mehr vorhanden sind.

IV.

Das Rückforderungsrecht des leistenden Schuldners läßt sich nicht mit dem Hinweis auf die zwischen Aufrechenbarkeit und Anfechtbarkeit bestehende Analogie begründen.

Einmal ist die Frage, ob eine Leistung um deswillen zurückgefordert werden kann, weil der Leistende das ihm zustehende Anfechtungsrecht nicht ausgeübt habe, sehr umstritten[1]). Vor allem aber hat die Anfechtung zur Folge, daß das betroffene Rechtsgeschäft vernichtet wird, während im Falle der Aufrechnung nur die Forderungen er-

1) Ein solches Rückforderungsrecht verneinen: Mot. Bd. II, S. 382; Planck, Bem. 2 b zu § 812; Staudinger, Bd. 2. 3. Teil, Anm. 4 a, Abs. 4 zu § 812, S. 1683. Für dieses Recht dagegen: Oertmann, Bem. 1 a zu § 813; R. G. R.-Komm., Bem. 2 zu § 813.

2) Oertmann, 2, 1. Abtlg., Anm. 1 zu § 389, S. 417.

löschen, dagegen die Rechtsgeschäfte trotz der Erfüllung der Forderungen noch nicht unterzugehen brauchen[2]).

Es läßt sich auch nicht die Aufrechnungslage durch erfolgreiche Anfechtung der Zahlung wieder herstellen, bestreitet man nicht, daß das aufrechenbare Gegenüberstehen der Forderungen gar keinen Einfluß auf deren Bestand ausübt[3]). Dem Zahlenden ist ein Irrtum in der Erklärungshandlung nicht unterlaufen. Sein Wille war auf Schuldtilgung durch Barleistung gerichtet; eine Aufrechnung konnte nicht gewollt sein, da der Leistende von seinem Aufrechnungsrecht nichts wußte. Mit diesem Willen des Schuldners deckte sich auch die Erklärung. Desgleichen liegt auch ein Irrtum über den Erklärungsinhalt nicht vor, da die Wirkung der Vorstellung gemäß eingetreten ist[4]).

Bedenklich erscheint es allerdings, das Rückforderungsrecht hier zu versagen, angesichts der Tatsache, daß jahrhundertelang zuvor ein solches Recht einem Schuldner in gleicher Rechtslage unumstritten gewährt worden ist. Demgegenüber kann man sich auch nicht auf die anderweitige Gestaltung des Aufrechnungsinstituts berufen. Die Rückwirkung im heutigen Recht ist die gleiche wie im römischen; für die Folgen der Rückwirkung kann es keinen Unterschied bedeuten, ob die Aufrechnung, wie jetzt, nur durch Erklärung des Schuldners oder, wie früher, durch sie und ihre richterliche Anerkennung sich vollzieht[5]).

Der herrschenden Ansicht kann jedoch aus zwei Gründen nicht beigetreten werden.

Einmal kann die Meinung nicht gebilligt werden, die Aufrechnungslage äußere keinerlei Wirkungen auf den Bestand der Forderungen, diese bestünden bis zur Aufrechnungserklärung völlig unberührt voneinander weiter fort. Es ist auch die Folgerung, welche die herrschende Meinung aus ihrer Konstruktion zieht, nicht richtig. Darauf soll zunächst eingegangen werden.

Es sei unterstellt, die aufrechnungsfähigen Forderungen übten seit ihrem Gegenüberstehen bis zur Aufrechnungserklärung keinerlei Einfluß aufeinander aus, eine jede von ihnen bestehe bis zur Erklärung unangetastet fort. Dann ist es nicht zu bezweifeln, daß der in Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis Leistende das zur Tilgung seiner

3) Weigelin, S. 172 ff.; Meyer, S. 34 ff.
4) Cleffmann, S. 26.
5) Enneccerus, I, 2, § 294, II. 2, S. 221, Anm. 13.

Verbindlichkeit Geleistete deshalb nicht zurückfordern kann, weil er eine vollgültige Schuld erfüllt hat und sein Wille auf diese Schuldtilgung auch gerichtet gewesen ist. Andererseits braucht auch der Gläubiger das auf seine in jeder Hinsicht wirksame Forderung hin Empfangene nicht zurückerstatten, da er damit das entgegengenommen hat, was ihm auch geschuldet war. Der Vorgang beschränkt sich jedoch nicht darauf, daß auf der einen Seite nur das geleistet wird, was geschuldet wurde, und daß auf der anderen Seite nur das entgegengenommen wird, was auch zu fordern war.

Dem Leistenden stand, bevor er seine Schuld beglich, die Aufrechnungsbefugnis zu, von der er freilich nichts wußte. Er hätte sich seiner Verbindlichkeit statt durch Barzahlung durch Aufrechnung entledigen können. Dieses ihm zustehende Recht hat der Leistende verloren, als er seine Schuld durch Realleistung tilgte und dadurch die Aufrechnungslage zerstörte. Dieser Verlust auf seiten des leistenden Schuldners entspricht einem Gewinn auf seiten des die Leistung Annehmenden: der empfangende Gläubiger hat die Barleistung in Händen, er braucht sich durch Aufrechnung seines Schuldners nicht mehr abspeisen zu lassen. War er zuvor verpflichtet, sich für befriedigt zu erklären, falls der Schuldner aufrechnet, so ist er von dieser Verpflichtung nunmehr befreit. Kann schon der Empfang des baren Wertes für den Gläubiger von Vorteil sein, so liegt ein solcher unzweifelhaft dann vor, wenn der Leistende etwa auch Zinsen, Verzugszinsen oder eine Konventionalstrafe mitbezahlt hat, die er im Falle der Aufrechnung kraft deren Rückwirkung nicht zu zahlen brauchte und auch nicht gezahlt hätte. Desgleichen dann, wenn er sich seinerseits mit einer Konkursquote begnügen soll. In all diesen Fällen hat der Gläubiger eine für ihn vorteilhaftere Rechtsstellung erlangt, und zwar hat er sie nur dadurch erlangt, daß der Leistende infolge der Barzahlung seine Aufrechnungsbefugnis verloren hatte, Damit ist aber auch schon der Tatbestand des § 812 BGB. erfüllt. So sagt das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 30. Juni 1924, abgedruckt in Bd. 108, S. 332, daß in der Erlangung einer vorteilhafteren Rechtsstellung eine Bereicherung im Sinne des § 812 BGB. liegt. Diese Ansicht vertreten auch Staudinger II 3 § 812 I 3e: unter „etwas erlangt" ist auch zu verstehen „die Erlangung einer vorteilhafteren

Rechtsstellung auf andere Weise, auch wenn damit noch kein Rechtserwerb verbunden ist“ und der Reichsgerichtsräte-Kommentar § 812 Anm. 1 S. 498 mit zahlreichen Zitaten von Reichsgerichtsentscheidungen.

Der Gläubiger ist auf Kosten des in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechts leistenden Schuldners um diese seine vorteilhaftere Rechtsstellung ungerechtfertigt bereichert, weil er auf den seiner günstigeren Rechtsposition auf der Schuldnerseite entsprechenden und diese veranlassenden Verlust der Aufrechnungsbefugnis keinen Anspruch hatte. Er ist somit zur Rückerstattung seiner vorteilhafteren Rechtsstellung verpflichtet, und zwar derart, daß dem Schuldner dadurch wieder sein Aufrechnungsrecht erwächst. Dies kann nur in der Weise geschehen, daß der Gläubiger dem Schuldner das zurückerstattet, was er zuvor von ihm erhalten hatte, zumal auf dieser früheren Leistung des Schuldners dessen Verlust der Aufrechnungsbefugnis und der Erwerb der vorteilhafteren Rechtsstellung des Gläubigers beruht.

Der Gläubiger kann sich sonach nicht darauf berufen, er sei zur Herausgabe der empfangenen Leistung deshalb nicht verpflichtet, weil der Schuldner genau das erfüllt hat, war er schuldete. Er soll ja auch nicht das zurückerstatten, was er auf Grund seines voll wirksam gebliebenen Forderungsrechtes — ein solches wird ja hier unterstellt — erlangt hat. Vielmehr ist der Gläubiger zur Herausgabe der empfangenen Barleistung nur deshalb verbunden, weil seine vorteilhaftere Rechtsstellung auf dieser Leistung des Schuldners basiert und er dem Leistenden gegenüber um diese Stellung ohne rechtfertigenden Grund bereichert ist[6]).

Es soll nunmehr die Frage erörtert werden, ob das Gegenüberstehen der aufrechnungsfähigen Forderungen bis zur Aufrechnungserklärung gar keinen Einfluß auf ihren Bestand ausübt. Die herrschende Meinung beruft sich zur Begründung dieser ihrer Ansicht auf den Willen des Gesetzes, der in den Motiven und Protokollen zum Ausdruck

6) Eine wie hier angeführte Begründung des Rückerstattungsanspruches ist, soweit ich sehe, mit Ausnahme von Hertzberg, S. 38 bisher nicht vertreten worden. Von Hertzberg, der eine solche Begründung nur angedeutet hat, begründet allerdings einen solchen Anspruch in erster Linie mit der von ihm verfochtenen ipso-iure-Wirkung der Aufrechnung, womit er mit Recht abgelehnt worden ist.

komme. Abgesehen von dem Bedenken, Erklärungen der Motive ohne nähere Begründung als Willen des Gesetzes auszulegen, besagen die Motive nichts weiter, als daß sie lediglich auf die dem Entwurfe zugrunde liegende Auffassung hinweisen, wonach beide Forderungen bis zur Aufrechnungserklärung des einen oder anderen Teiles sich unabhängig und unbeeinflußt voneinander gegenüberstehen[7]).

Hier sei jedoch schon darauf hingewiesen, daß dem ersten Entwurf die Bestimmung des § 770 Abs. II BGB., wonach die bloße Aufrechnungsmöglichkeit bereits Rechte entstehen läßt, noch völlig fremd war[8]). Es möge andererseits nicht bezweifelt werden, daß die in § 389 BGB. bestimmte Rückwirkung, welche sich mit der Ansicht des völlig unbeeinflußten Fortbestehens der aufrechenbaren Forderungen konstruktiv nicht in Einklang bringen läßt, als Fiktion nichts erklären, sondern einen Vorgang nur beschreiben kann, und als selbständiger, aus praktischen Erwägungen unter Berücksichtigung der Auffassung und der Bedürfnisse des Verkehrs aufgestellter Grundsatz neben dem des Fortbestehens der beiderseitigen Forderungen vom Gesetz zugelassen ist[9]). Aus dem Umstand, daß jede der koexistenten Forderungen weiterhin Zinsen tragen, für sich abgetreten, besonders eingeklagt werden und verjähren, daß Verzugszinsen und Vertragsstrafen verfallen können, aus all dem kann doch nur gefolgert werden, daß die Forderungen trotz ihres aufrechenbaren Gegenüberstehens weiterbestehen, noch nicht aber, daß die Koexistenz überhaupt keinen Einfluß auf ihren Bestand ausübe.

Dem Schuldner, der eine aufrechnungsfähige Gegenforderung gegen seinen Gläubiger erhält, stehen zwei Wege zur Auswahl offen, um zur Tilgung seiner Schuld zu gelangen: er kann entweder zahlen oder aufrechnen. Er schuldet allein das weiter, was er im Falle der Barleistung hingeben würde. Lediglich darauf erstreckt sich die Forderung des Gläubigers. Der Schuldner ist befugt, die anfangs nur auf eine bestimmte Leistung gerichtete Schuld durch eine andere zu tilgen, nämlich durch Aufrechnung.

7) Motive II, S. 108 f.; Mugdan, Materialien, Bd. II, S. 465.
8) Götte, S. 168.
9) Ebenso auch Planck, II, Bd. I, Vorbem. 2a S. 522 und Staudinger, II, 1, Vorbem. I, 2, S. 738; dagegen Enneccerus, Anm. 10; Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, S. 625 ff., bestreitet grundsätzlich jede Rückwirkung.

Ist ein Schuldner berechtigt, zur Erfüllung seiner Schuld anstatt der eigentlich geschuldeten Leistung eine andere zu setzen, so nennt man ein solches Schuldverhältnis facultas alternativa[10]). Es ist die Befugnis des Schuldners, sich ohne Zustimmung des Gläubigers, auch gegen dessen Willen, durch Leistung an Erfüllungsstatt zu befreien[11]). In ihr ist die weitere Befugnis enthalten, die geschuldete Leistung unter gleichzeitigem Erbieten zu der nicht geschuldeten zu verweigern. Dies bedeutet eine Abschwächung der ursprünglichen Schuld. Der Schuldner, der in Unkenntnis dieser Abfindungsbefugnis leistet, kann die Leistung analog § 813 BGB. zurückfordern, da infolge der facultas alternativa der Schuldinhalt anders beschaffen ist, als der Schuldner bei der Leistung glaubte[12]).

Das Reichsgericht wendet in Bd. 120 S. 282 dagegen ein, daß die Aufrechnung im Verhältnis zur Zahlung nicht als eine Leistung an Erfüllungsstatt und deshalb nicht als eine facultas alternativa anzusehen sei. Es trifft zwar zu, daß die Aufrechnung im Gesetz als ein Fall des Erlöschens der Obligationen geregelt ist[13]). Es ist daher die Aufrechnung nicht eine Leistung an Erfüllungsstatt, sondern Erfüllung oder wenigstens Erfüllungssurrogat.

Es handelt sich aber bei der Aufrechnung nicht um einen Gegenstand der Erfüllung, sondern um ganz verschiedene Gegenstände. In Planck Vorbem. II, 3a vor § 262 S. 124/125, worauf das Reichsgericht sich offenbar bezieht, handelt es sich nur um einen Gegenstand der Leistung mit nur verschiedener Modalität. Hier ist entschei-

10) Leonhard in Iherings Jahrb. 1900, Bd. 41, S. 2: Ersetzungsbefugnis; Siber, Rechtszwang, S. 64: Lösungsbefugnis; Planck-Siber, Vorbem. II, vor § 262, S. 123 in Anlehnung an § 1712, Abs. 2, BGB.: Abfindungsrecht oder Abfindungsbefugnis. Im Gesetz finden sich wiederholt Fälle der facul. alternativa, so §§ 244, Abs. 1, 251, Abs. 2, 617, Abs. 1, 1973, Abs. 2, mit Bestimmungsrecht des Schuldners und §§ 340, Abs. 1, 843, Abs. 3, 844, Abs. 2, 845, 1580, Abs. 2 mit Bestimmungsrecht des Gläubigers.

11) Enneccerus, Lehrbuch I, 2, § 244, Anm. 1; Staudinger, Vorbem. 4 vor § 262; Planck-Siber, Vorbem. II, 1 vor § 262 mit weiterer Literaturangabe; ebenso RG., Bd. 51, S. 75; R.G.R.-Komm., § 262, Anm. 1, S. 428.

12) Planck-Siber, Vorbem. II, 2b, S. 124; Windscheid-Kipp, II. § 255. 1. Zus. 4b; Titze, Unmöglichkeit, S. 196, Anm. 1; wohl auch RG. in Bd. 120, S. 281 f.; dagegen: Staudinger, Vorbem. I 4b vor § 226, S. 191; Langheinecken, Anspruch, S. 213.

13) Motive, Bd. II, S. 835.

dend, daß im Falle der Aufrechnung die beiden Erfüllungsgegenstände im gleichen Verhältnis zueinander stehen, wie bei der facultas alternativa die Leistung zur Leistung an Erfüllungsstatt. Bejaht man dort das Rückforderungsrecht des Schuldners bei Leistung in Unkenntnis der anderen Erfüllungsmöglichkeit, dann muß man es auch hier tun.

Eine Abschwächung und Beeinflussung des Schuldinhalts im Falle der Aufrechenbarkeit kommt auch im Gesetz mehrfach zum Ausdruck. Ist eine Forderung einmal der Gegenforderung aufrechenbar gegenübergetreten, so dringt die Aufrechnung noch durch, wenn die zur Aufrechnung gestellte Forderung verjährt ist; desgleichen dringt sie durch gegenüber späteren Verfügungen über die Gegenforderung durch Abtretung, Bestellung eines Pfandrechts oder Nießbrauchs; ebenso gegenüber einer auf Gesetz beruhenden späteren Uebertragung und einer späteren Zwangsverfügung wie Beschlagnahme und Pfändung; vgl. §§ 392, 406, 412, 1070 Abs. 1, 1275; ferner §§ 575, 720, 770, 1158, 1211, 1473 Abs. II, 2019 Abs. II, 2111 Abs. I. In § 53 KO. ist bestimmt, daß die par condicio creditorum gegenüber dem Aufrechnenden nicht gilt. Dieser kann wie ein Absonderungsberechtigter zu seiner Befriedigung auf die Gegenforderung greifen; vgl. auch §§ 36, 101 der Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927.

Zwar liefern diese Bestimmungen keinen Beweisstoff für eine Begründung der bedingten Selbstaufhebungstheorie. Doch kann man wohl aus ihnen auf eine gewisse Einwirkung der Aufrechnungslage auf den Bestand der Forderungen schließen. Diese Gesetzesstellen werden von den Anhängern der herrschenden Meinung als singuläre, der Ausdehnung abholde Bestimmungen bezeichnet; zum Beweise dafür werden stets die Motive herangezogen. Nur aus Billigkeitsgründen, nicht als aus der Natur des Aufrechnungsrechts sich ergebend, seien diese Paragraphen ins Gesetz mit aufgenommen.

Es darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß die Mehrheit der Gesetzesverfasser bei der Regelung des Aufrechnungsinstituts von einer festen Ansicht ausgingen, und so alle Bestimmngen, die mit ihrer Ansicht nicht völlig harmonierten und nicht gut auszuschließen waren, in einer Weise zu erklären suchten, die mit ihrer Ansicht nicht in offenem Widerspruch stand. Mit Recht weist auch Ende-

mann in seiner Bemerkung JW. 1928 S. 1288 zu der in Nr. 6 wiedergegebenen Reichsgerichtsentscheidung Band 120 S. 280 ff. auf die „halbfertige Regelung, die die Aufrechnung im BGB. gefunden hat", hin.

Doch besagen die „gesunden Billigkeitsgründe", welche Protokolle und Motive[14]) zur Erklärung anführen, nichts gegen die hier vertretene Ansicht. Es heißt da immer wieder, es entspreche nicht der Billigkeit, einem Schuldner das Aufrechnungsrecht zu versagen, wenn nunmehr ein Erfordernis für die Aufrechnung — Fälligkeit, Verfügungsmacht, Gegenseitigkeit, — aus einem nicht stets in seiner Person liegenden Umstande fortgefallen ist, das zuvor noch vorhanden war. Dies bedeutet doch nur soviel, das Recht werde ihm gewährt, weil er es früher besessen hatte. Mithin ergeben sich diese Bestimmungen doch aus dem Aufrechnungsrecht[15]).

Nur auf dem Boden, daß die gegenseitigen Forderungen bereits seit der Aufrechnungslage eine Einwirkung aufeinander ausüben, die ihren Bestand nicht mehr unberührt läßt, kann man sowohl die analoge Anwendung des § 813 BGB. und die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB. zur Begründung des Rückforderungsrechts heranziehen. Der Schuldner glaubt, eine voll wirksame Schuld zu begleichen; in Wahrheit erfüllt er eine solche, die ihrem Schuldinhalt nach durch die Tatsache, daß ihr eine aufrechenbare Gegenforderung entgegensteht, abgeschwächt ist. Die richtige Vorstellung mangelt dem Leistenden infolge der Unkenntnis von seiner Aufrechnungsbefugnis. Diese Unwissenheit ist auch kausal für die Leistung und den damit verknüpften Verlust der Aufrechnungsbefugnis. Ein solcher Fall der unbewußten Unkenntnis steht dem Irrtum gleich[16]).

---

14) Mot. II, S. 106 ff.; 111 ff.; 131 ff.; Prot. Bd. I, 367 f.; 373 ff.; 91 ff.

15) Im Ergebnis einverstanden: Hellwig, Anspruch, S. 20; Windscheid-Kipp, S. 478; Liebknecht, S. 108 ff.; Weißmann, S. 34; Kohler, ZZP., Bd. 20, S. 18 ff.; Ennecceus, § 294, Anm. 15; Siber bei Planck, Z. 3; Oertmann, Bem. I zu § 389; Warneyer, Anm. 9; Staudinger, Bem. zu § 389, Anm. 4 a, Abs. 5 zu § 812; R.G.R.-Komm., § 813, Anm. 4; Lippmann, S. 229 ff.; Loewenwarter, S. 441.

16) Ebenso: RG., Bd. 62, S. 205; Oertmann, § 119, Anm. 8, S. 405; R.G.R.-Komm., § 119, Anm. 2; dagegen: Ebbecke, in „Recht", 1911, S. 742.

17) Weigelin, in LZ. 1928, Sp. 1369 f.

Dem Schuldner steht es frei, welchen Weg er einschlagen will, um seine Leistung wieder zurückzuerhalten, ob den der ungerechtfertigten Bereicherung oder den der Irrtumsanfechtung. Er wird die Irrtumsanfechtung dann vorziehen, wenn sein Gegner inzwischen in Konkurs geraten ist, um sich nicht mit einer Konkursdividende begnügen zu müssen; auf eine solche wäre er, wenn Zahlungsempfänger und Schuldner der Gegenforderung, wie regelmäßig, personengleich sind, bei Anstrengung der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen, da eine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse nicht vorliegt[17]).

Das Ergebnis entspricht der Billigkeit. Es bedeutet eine Härte, die Rückforderung demjenigen zu versagen, der mit der Hauptleistung noch hohe Nebenleistungen gezahlt hat, welche er bei Kenntnis seines Aufrechnungsrechts sich erspart hätte; desgleichen dann, wenn der Schuldner auf eine Konkursquote angewiesen wird, jedoch volle Befriedigung im Falle der Aufrechnung erhält.

Lebenslauf.

Ich bin am 15. März 1903 in Beuthen OS. als Sohn des Berginspektors Arthur Schoen und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Dienst, geboren. Nach Bestehen des Abiturums volontierte ich in der Diskonto-Gesellschaft, Filiale Beuthen OS. Seit Ostern 1924 studierte ich die Rechtswissenschaften in Breslau und München. Im Oktober 1928 bestand ich das Referendarexamen, und am 25. Juli 1929 das mündliche Doktorexamen. Meine Ausbildung als Referendar beim Oberlandesgericht in Breslau habe ich am 15. Dezember 1931 beendet. Gegenwärtig stehe ich im Assessorexamen.

Gerhard Schoen.